



## Atribución 4.0 Internacional (CC BY 4.0)

This is a human-readable summary of (and not a substitute for) the [license](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.es). [Advertencia.](#)

### Usted es libre de:

**Compartir** — copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato

**Adaptar** — remezclar, transformar y construir a partir del material para cualquier propósito, incluso comercialmente.



La licenciente no puede revocar estas libertades en tanto usted siga los términos de la licencia

### Bajo los siguientes términos:



**Atribución** — Usted debe dar [crédito de manera adecuada](#), brindar un enlace a la licencia, e [indicar si se han realizado cambios](#). Puede hacerlo en cualquier forma razonable, pero no de forma tal que sugiera que usted o su uso tienen el apoyo de la licenciente.

**No hay restricciones adicionales** — No puede aplicar términos legales ni [medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otras a hacer cualquier uso permitido por la licencia](#).

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.es>

## **Desigualdad de Género en Procesos de Custodia en Colombia**

Edna Soranyi Lucumí García \*

### **Resumen**

El dinamismo social muestra que cada vez más, el género masculino reivindica sus derechos a la paternidad y que el solo hecho de ser mujer no garantiza un buen ejercicio de la maternidad. Los estrados judiciales son los encargados de dirimir los conflictos sobre la guarda y cuidado personal de un menor de edad por la formación de familias monoparentales, después de un divorcio o separación de los padres. La falta de criterios objetivos en las decisiones judiciales para fijar la custodia en cabeza de los progenitores ha hecho que cada más se creen fundaciones y organizaciones de hombres tendientes a luchar con la discriminación que pesa por el solo hecho de ser hombres que no los hace aptos para disputar la custodia de sus menores hijos en condiciones de igualdad con sus progenitoras.

**Palabras claves:** Perspectiva de Género, Igualdad, Custodia, Familia, Discriminación

### **Gender inequality in custody procedures**

#### **Abstract:**

The social dynamism shows increasingly, that the masculine sex vindicates their rights to paternity and that the sole fact of being woman does not guarantee a good exercise of maternity. The Courts are in charge of settling conflicts related to the care of a minor caused by the formation of a single-parent family, after a divorce or separation of the parents.

The lack of objective criteria in judicial decisions when giving the custody of a minor to the parents has triggered the creation of foundations and men organizations that fight against the discrimination they endure due to the sole fact they are men, which does not make them eligible to dispute their children's custody in equal conditions with their mothers.

---

\*Estudiante de Maestría en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad Católica de Colombia. Asesor Docente del Consultorio Jurídico de la Universidad Católica de Colombia. Email [eslucumi@ucatolica.edu.co](mailto:eslucumi@ucatolica.edu.co) Trabajo dirigido por la Doctora Ivonne Patricia León, docente de la Universidad Católica de Colombia

**Keywords:** Gender perspective, Equality, Custody, Family, Discrimination

## INTRODUCCIÓN

El presente artículo pretende realizar una reflexión sobre la pregunta ¿en que medida una concepción ligada al género puede influir en las decisiones Judiciales de custodia de menor de edad? Mediante un análisis de conceptos basados en una construcción social (Hacking, 2000) ; entendiendo esta como la generalización legal de las vivencias de nuestra sociedad entorno a la maternidad. El concepto de maternidad presente en los operadores judiciales pueden constituir una discriminación en razón al sexo en detrimento de los derechos de los progenitores de sexo masculino, cuando se trata de reclamar el cuidado de los hijos menores de edad ante los diferentes juzgados de familia en Colombia. Lo anterior genera una violación a la garantía fundamental a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia que establece:

“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica” (Corte Suprema, s.f., pág. 15).

La desigualdad que se viene evidenciando en el trato procesal de los padres en los procesos de custodia tiene como una de las causales la construcción social de la maternidad asociada a las características biológicas de la mujer. Este concepto que usualmente otorga a la mujer el derecho a tener y cuidar de sus hijos menores. Esta concepción en la práctica judicial está haciendo nugatorio el derecho al acceso efectivo a la administración de justicia de los padres de sexo masculino; que encuentran una barrera invisible en la administración de justicia para reclamar sus derechos de paternidad en igualdad de condiciones que una mujer.

El interés de viabilizar esta problemática derivada de las nuevas formas de organización familiar o familiares sobre la concepción del concepto de familia, su historia y evolución (Suares, 2004) que en pleno siglo XXI han suscitado conflictos por la custodia de los hijos de padres que no conviven juntos. Los padres no custodios a quienes la madre impide por diferentes medios las visitas con sus hijos, deben luchar por ejercer la custodia de sus hijos sin encontrar un apoyo real en la actual legislación colombiana y menos aún en los servidores judiciales. Algunos jueces dictan sentencias basados en una perspectiva de género que favorece a la madre, sin tener en cuenta el material probatorio allegado al proceso. Los falladores han pasado por alto hoy por hoy la función que los progenitores varones juegan en la formación y desarrollo de sus hijos (Delgadillo & Bermúdez, 2014) .

Para abordar este tema se hace necesario estudiar la concepción de la maternidad como un concepto social y su desarrollo a través de la normativa interna. Debemos tener como base la Constitución Política Colombiana de 1991 y el ejercicio de la profesión, cuya práctica devela cada día una desigualdad de género en los estrados judiciales donde se debaten asuntos de familia (Agudelo, León, Prieto, Alarcón, & Jiménez, 2018). Se trata de un estudio socio jurídico por la especial importancia cuando se trata de procesos de custodia de niños, niñas y adolescentes. Pues este desequilibrio en la administración de justicia se debe a una concepción tradicional de que la tenencia y cuidado de los menores de edad deben estar a cargo de la progenitora. Esta inequidad tal vez fundada en la maternidad que biológicamente es posible en las mujeres. Decisiones sin sustento de carácter jurídico, que ha generado en los padres de sexo masculino una barrera jurídica para tener acceso en paridad de condiciones a la custodia de sus hijos ante los estrados administrativos y judiciales.

El presente artículo tiene como objetivo establecer que el concepto de maternidad obedece a una construcción social. Construcción que ha evolucionado en el tiempo con los diferentes roles de la mujer y el hombre en el hogar, la economía, la política y muchos sectores más. En la actualidad el mundo exige cada día más de hombres y mujeres, pero que no ha logrado fijar condiciones de igualdad frente a la administración de justicia.

Con este propósito, el artículo avanza en la primera parte, en procura de comprobar que el concepto de maternidad probatoriamente es supervalorado en procesos de custodia. Sin embargo no es sopesado con criterios objetivos de equidad. En un segundo momento, se busca determinar que existe favorabilidad por el género femenino sin que exista una fuente antropológica ni psicológica en las decisiones de custodia en detrimento de los derechos de los progenitores hombres según se puede observar en algunas sentencias judiciales que se revisarán. Finalmente, se pretende identificar que las sentencias de custodia violan el derecho a la igualdad de los hombres de sexo masculino aun cuando los litigantes se encuentran en similitud de condiciones fácticas y jurídicas para brindar un desarrollo integral a los niños, niñas y adolescentes.

### **Igualdad de Derechos en la Familia**

La Constitución Política estableció en su artículo 42 que:

“ La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable.” (Gaceta Constitucional, 1991)

Se desprende de esta normatividad, la igualdad de derechos y obligaciones en la interacción dentro de la familia. A su turno el artículo 43 de la Constitución Política Colombiana de 1991 establece iguales garantías y compromisos de las mujeres frente a los hombres y la proscripción de toda forma de discriminación en razón de la condición de ser mujer u hombre. ( Suin-Juriscol , 2021)

El constituyente fijó claras directrices frente a los derechos y obligaciones de hombre y mujer en cuanto a la familia como núcleo fundamental de la sociedad. Igualdad que debe marcar el derrotero jurídico no solo con el legislador sino también con los operadores judiciales que materializan el derecho sustantivo mediante los procesos judiciales.

Desde la óptica del equilibrio legal entre los sexos femenino y masculino, los anteriores criterios de igualdad también han sido ratificados con numerosos instrumentos internacionales. Dentro de los instrumentos de protección Internacional podemos enunciar El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que consagra en sus artículos 3° y 26° la regla general de prohibición de discriminación por sexo, así como el imperativo de equidad entre hombres y mujeres. ( Suin-Juriscol , 2021) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que en sus artículos 2° y 3° consagra un principio para garantizar a hombres y mujeres el goce y ejercicio de todos sus derechos, sin distinción alguna en razón al por sexo. ( Suin-Juriscol , 2021) La Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, que impone claramente una salvaguarda contra todo acto que pueda constituir discriminación ( Suin-Juriscol , 2021).

Teniendo en cuenta los sistemas regionales de amparo de los derechos podemos encontrar sendos documentos en igual sentido proclamando la igualdad de género. Tales documentos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en 1969, que en su artículo 24° establece la Igualdad ante la ley y prohibición toda forma de distinción que tenga su origen en el sexo. El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrito en San Salvador y el cual fue aprobado por Colombia mediante la ley 319 de 1996, en su artículo 3° establece la obligación de no discriminación. ( Suin-Juriscol , 2021)

Por su parte el legislador expidió la Ley 1361 de 2009, adicionada por la ley 1857 de 2017 en la cual se establece que el estado y la sociedad deben fortalecer y garantizar entre otros, el derecho a la igualdad en su artículo 4 No.8 (Secretaria del Senado, 2009)

La familia ha sido objeto de múltiples fallos de amparo por parte de la Corte Constitucional en procura de la materialización del derecho a la igualdad entre los miembros de la familia. Lo anterior debido al dinamismo de nuestra sociedad y a los diferentes roles que vienen cumpliendo el hombre y la mujer en la familia , la económica , la política etc.

Roles históricos que cada día se separan más de la concepción conservadora que culturalmente venían haciendo carrera en nuestro diario vivir y los procesos judiciales por supuesto no son la excepción.

La familia como concepción jurídica y social debe ser protegida en todas sus formas de conformación por parte del estado. La discriminación según la RAE es “ Dar trato desigual a una persona o colectividad por motivos raciales , religiosos , políticos de sexo, de edad, de condición física o mental, etc.” (Asociación de Academias de la Lengua Española , 2021). - Por ello es evidente que la participación de padre y madre en la familia es igual de importante y relevante para el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes. La igualdad debe ser garantizada no solo por el legislador sino también por parte de los jueces de la república. La participación de los progenitores en la crianza de los niños, niñas y adolescentes debe ser “activa, equitativa y permanente” (Orrego, 2019), sean padres custodios o no. La presencia de los padres en el desarrollo de sus hijos debe darse en condiciones de igualdad material y jurídica, de forma ininterrumpida y durante toda la crianza.

El profesor Orrego refiere sobre el tema, que la ejecución de estos tres aspectos aseguran en favor de los menores y dentro de cada una de las posibilidades de los padres la satisfacción del interés superior. Es decir la búsqueda de una bienestar integral por lo que ningún padre deberá imponer su voluntad sobre el otro, siempre buscando las mejores decisiones en favor del hijo (Orrego, 2019)

Con base en lo anterior podemos determinar que la familia no es una persona jurídica, sino una institución jurídico social a la que el estado le impone normativamente unas obligaciones y concede derechos a cada uno de sus miembros (Monroy-Cabra, 2012)

### **Proceso de custodia**

En el presente capítulo analizaremos el desarrollo procesal del trámite de custodia en Colombia; como el mecanismo judicial para resolver las discrepancias de la custodia y cuidado de los niños , niñas y adolescentes. Este proceso se origina cuando los menores están

en medio de los conflictos de padres separados y no logran llegar a un acuerdo que propenda por la protección del interés superior del menor.

La acepción menor de edad hace referencia a niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA) sujetos de especial protección por parte del Estado; por su especial situación de vulnerabilidad. Es la razón por lo que se consignan una serie de normas en su favor para garantizar su desarrollo integral (Triana, 2017).

“El Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006) en su artículo 23 establece:

**CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL:** Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. La obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales.” (Secretaría del Senado , 2021)

Con base en lo anterior podemos determinar que la obligación de protección y bienestar integral del niño , niña o adolescente recae en ambos padres sin que normativamente se establezca alguna distinción o favoritismo para alguno de los progenitores.

La custodia judicialmente decretada en cabeza de uno de los progenitores es la forma utilizada por los operadores judiciales en nuestro país cuando no hay acuerdo entre los padres. Esta forma de custodia comporta la obligación de uno de los progenitores de tener bajo su cuidado al NNA mientras el otro progenitor aporta una cuota económica para la manutención. La cuota económica será administrada por el padre custodio y al padre no custodio se le establecerá un régimen de visitas (Folberg, 1984)

La custodia exclusiva en cabeza de uno de los padres del niño, niña o adolescente, ocurre como consecuencia de la separación de los padres, el divorcio o incluso la nulidad del matrimonio. Situaciones que se presentan como consecuencia de los diversos conflictos que



pueden ocurrir al interior de las relaciones de pareja. Estas decisiones de los padres convierte a los NNA en el único motivo en común de los progenitores para centrar sus divergencias. En muchos casos involucrando al menor con consecuencias que resultan nefastas para el desarrollo del hijo en común quien queda en medio de la separación de sus padres.

Las pruebas recaudadas en un proceso judicial para determinar la viabilidad de adaptación de los menores en el proceso de custodia responden a la nuevas dinámicas y condiciones de los integrantes de la familia. Las circunstancias determinantes para el fallo recaen en la situación social y económica de cada uno de los progenitores, la dimensión de los conflictos entre los padres, la cercanía y calidad del vínculo parental del menor sujeto de la custodia con cada uno de los progenitores, la personalidad del NNA, entre otros factores que le corresponde analizar al juzgador. (Bergström, 2018) . El bienestar integral de los niños, niñas y adolescentes puede estar en riesgo si el análisis de algunos de esos elementos que sirven de soporte probatorio al operador judicial resultan sesgados con una valoración subjetiva en favor de la madre. Este favorecimiento puede impedir el pleno goce de los derechos del padre no custodio, toda vez que se impediría la opción de distribuir entre otros, el tiempo con la madre y el padre en forma igualitaria. Como una consecuencia inevitable de un proceso judicial o una separación de hecho que concluye con el distanciamiento físico de los padres del pequeño hijo en común.

Conforme el artículo 21 del Código General del Proceso en su numeral 3 establece que los Jueces de Familia conocerán en única instancia “De la custodia, cuidado personal y visitas de los niños, niñas y adolescentes, sin perjuicio de la competencia atribuida a los notarios” (Secretaría del Senado , 2021) del anterior precepto legal se deriva que por voluntad del legislador estos procesos no gozan de la segunda instancia para la revisión de las decisiones judiciales tomadas por el operador judicial. Razón por la cual las decisiones carentes de objetividad y argumentación jurídica han de debatirse en sede de amparo constitucional conforme el artículo 86 de la carta magna.

Así fue como el Magistrado Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo en sentencia proferida dentro del radicado No. 25000-22-13-000-2017-00072-01 (Aprobado en sesión de

diecinueve de abril de dos mil diecisiete) dentro del trámite de impugnación de la sentencia proferida el 15 de marzo de 2017 por la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca; quien le negó al accionante la tutela solicitada. En el presente asunto el accionante deprecia la protección constitucional de las garantías al debido proceso, defensa y los derechos fundamentales de la menor de edad, conculcados al parecer por el juzgado de familia del municipio de Soacha en Cundinamarca. El Juzgado de Soacha fue el encargado de conocer en única instancia del trámite de custodia y cuidado personal en favor de su hija menor de edad; el Magistrado ponente concluye en lo que atañe a este artículo lo siguiente:

“Así las cosas, se observa que el juzgador omitió hacer el análisis detallado de cada una de las probanzas recaudadas, pues, tal como quedó reseñado, el fallo criticado se limitó a indicar que los dos padres contaban con condiciones habitacionales adecuadas conforme a las visitas sociales efectuadas; que le daba valor a los testimonios que referían la manipulación ejercida sobre el progenitor respecto de la menor; y que conforme al desarrollo que la niña con ocasión de la edad que atravesaba, era conveniente la custodia en cabeza de la madre.” (Corte Suprema, s.f., pág. 12) ---

En otro aparte del citado fallo de custodia en favor de una niña se evidencia claramente que el juzgador de la instancia basó su decisión en estereotipos de género tal y como se transcribe a continuación:

“Adicionalmente, observa la Sala que la autoridad judicial criticada, para desestimar las aptitudes parentales del padre, se fundamentó en un estereotipo de género, actuación que, sin duda, vulneró su derecho fundamental a la igualdad, lo que también impone la concesión de la protección constitucional reclamada.” (Corte Suprema, s.f., pág. 13) ---

En esta decisión que constituye un gran avance en el tema de la igualdad del padre y la madre cuando se trata de reclamar la custodia de un hijo menor de edad se evidencia la

falta de objetividad del juzgador en valorar los medios de prueba arrimados al proceso incurriendo en un vía de hecho. El juzgador pasó por alto el interés superior del menor haciendo caso omiso a los deseos expresados por la menor en la entrevista formulada por la asistente social del despacho judicial. De este modo el operador judicial cercenó a todas luces los derechos del progenitor por su condición de hombre. El juez no tuvo en cuenta que no solo tenía derecho a ser tratado en igualdad de condiciones procesalmente sino que además se encontraba en mejor condición probatoria para detentar la custodia de su menor hija brindándole bienestar integral; pues el mismo juzgador censurado establece su criterio para fallar así :

“ ...sí bien la menor goza de un cuidado especial del padre y su asistencia en cuanto a manutención, recreación y educación se refiere, como así lo demuestra con la documental aportada, también se debe advertir que la menor, quien ya cuenta con 11 años de edad, ha entrado a la edad de adolescencia, época muy delicada en la formación integral de los menores, pues es precisamente el despertar o desarrollo de su sexualidad, requiriendo sobre todo, las niñas, una atención y cuidado especial o delicado por parte de su progenitora, en lo atinente a una asistencia personalizada íntima, en la que se enseña y protege el pudor, y a su vez la garantía sana de su desarrollo armónico integral y protección de los derechos fundamentales prevalentes. (Corte Suprema, s.f., pág. 13)

Indudablemente la mujer ha sido una constante luchadora frente a una tradición en las diferentes esferas de la sociedad; donde ha vivenciando “condiciones de discriminación, opresión, subordinación, segregación y maltrato a que eran sometidas en todo el mundo. La lucha feminista ha visibilizado la necesidad y la exigencia moral y económica de integrar a las mujeres a los procesos de desarrollo y democráticos de los países”. (Lamas, 2007 como se citó en Cruz & García-Horta, 2016)

A partir de la década de los noventa y debido a las diversas conquistas de las mujeres en diferente campos de la sociedad, se ha incrementado la jefatura femenina del hogar. El hombre dejó de ser el proveedor económico del hogar por excelencia. Cada día más mujeres

asumieron el papel de madres proveedoras de las necesidades de los hijos. Las mujeres madres han salido a desempeñar diferentes profesiones u oficios relegando sus roles tradicionales. Disminuyó su interacción en las labores netamente domésticas y del cuidado de los hijos (Oliveira, 1999)

Lo anterior también ha ocasionado, que el hombre diversifique su rol tradicional como padre proveedor. Los padres varones han demostrado día a día la posibilidad que pueden asumir con esmero y dedicación ese trabajo doméstico y han logrado un mayor involucramiento en lo relativo al cuidado de los niños. Pese a lo anterior los operadores judiciales insisten con recargar la custodia a las madres trabajadoras, solamente con fundamento en una argumentación etnocentrista de la maternidad.

### **Maternidad, maternaje e interés superior del menor**

La maternidad ha sido un concepto que por excelencia se ha asociado al concepto de mujer por su condición biológica de poder desarrollar en su vientre una vida. La feminidad incluye características de delicadeza, sutilidad, su forma de percibir y manifestarse frente a la diferentes situaciones de la vida tal y como lo refieren varios autores. (Valverde & Cubero, 2014; Woodman, 1993)

El maternaje hace referencia al vínculo que se establece mediante un proceso que se exterioriza mediante aquellos cuidados tanto primarios como afectivos que una madre le prodiga a su bebé dentro de un clima de ternura. Es decir, no es inherente al hecho biológico de ser mujer sino que se desarrolla durante la maternidad como se expresa en los trabajos de (Benedek, T, 1959; 1979; Bibring, 1959)

Con base en los anteriores conceptos podemos determinar que el proceso mediante el cual se prodiga amor, cuidado, atención y en general bienestar integral a un hijo no es biológico sino que es aprehendido por las diferentes fenómenos sociales, culturales, y económicos. El hombre puede desarrollar un buen maternaje según los roles que desempeñe cada uno de los miembros de la familia. Así es que el padre de sexo masculino no está

excluido ni natural ni jurídicamente para proveerle al niño, niña o adolescente en igualdad de condiciones la garantía de sus derechos fundamentales en procura de su interés superior .

El interés superior del niño niña o adolescente positivizado por el mandato constitucional contiene una serie de prerrogativas que de forma indeterminada establece criterios de valor que no son estáticos. Estos criterios por el contrario pueden ser cambiantes de acuerdo al tiempo en que se apliquen o a los diversos preceptos sociales, morales y religiosamente aceptados en una comunidad. Son los argumentos que finalmente serán aplicados por los operadores judiciales según su propia idea en cada caso en concreto dentro de los fallos de custodia (Romero, 2002).

Con base en lo anterior no es posible determinar que la custodia de un NNA debe ser asignada a la madre por derecho natural. Asignar la custodia por el solo hecho de ser mujer, no garantiza el interés superior del menor. Actualmente el embarazo y el consecuencial alumbramiento de un hijo no constituye en todos los casos un motivo de gozo. Las diferentes emociones alrededor del hecho de ser madre están asociadas a la edad, la familia de origen, a las relaciones de pareja y las circunstancias especiales que conllevaron a un embarazo, en algunas ocasiones no deseado (Garrido & Marchán, 2011).

Los estereotipos de género han marcado una tendencia importante en la división de trabajo en el hogar. Las concepciones tradicionales han marcando un claro derrotero en las decisiones judiciales en las que se prefiere la asignación del cuidado de los menores a las madres. Decisiones amañadas que de algún modo patrocinan una discriminación en favor de los hombres que están en igualdad de condiciones para satisfacer las necesidades básicas de sus hijos. Padres varones que también están en capacidad de prodigarles protección y atención en los primeros años de su vida y con estas decisiones deslegitimizando su capacidad de desarrollar un buen proceso de maternaje frente a su hijos (Garrido, Álvaro-Estramiana, & Rosas, 2018)

Es posible que el discurso tradicional haya generado en los medios de comunicación, los círculos médicos, sociales y hasta los judiciales que se minimice la función de los varones

para asumir con responsabilidad y entrega las funciones de carácter domésticos y de la familia. Se ha relegado a los varones a una función de padre proveedor económicamente de las necesidades de los miembros de la familia. Se ha atribuido una especie de incapacidad por falta de condiciones emocionales para el cuidado físico y psicológico de los hijos, condiciones que por supuesto son inherentes a la condición de la ser mujer por su feminidad.

No obstante lo anterior en la actualidad un buen grupo de hombres de sexo masculino han desafiado este discurso asumiendo grandes retos más igualitarios en aquellos campos donde la presencia de la mujer es imprescindible y la del hombre es complementaria. La principal lucha se da al interior del hogar, la familia y frente a la crianza de sus hijos. (Garrido, Álvaro-Estramiana, & Rosas, 2018)

La inconformidad tras la separación de una pareja o el malestar de la crianza de un hijo como madre soltera son condiciones que terminan afectando el interés superior del menor. Tras la asignación de la custodia exclusiva para la madre, el padre no custodio debe enfrentarse a los incumplimientos en los regímenes de visita en favor de sus hijos ocasionado una grave afectación en la relación parental. Estos incumplimientos deliberados también en ocasiones genera perturbaciones de orden emocional en los NNA y todo ello con el apoyo tácito de los operadores judiciales, que bajo pretexto de no tener elementos legales para conminar a la madre custodia a cumplir con sus obligaciones integralmente. Así las cosas se deja esta carga de las visitas a los menores que terminan involucrados en las disputas de sus padres. (Bergström, 2018)

Por lo anterior en el siguiente apartado, revisaremos cómo las sentencias de custodia en Colombia, no atienden a los criterios objetivos probatorios para determinar la asignación de la custodia en favor del padre o la madre en igualdad de condiciones, cuando a ambos les asiste los derechos de disfrutar de la custodia de su hijo menor.

### **¿Una solución al problema de discriminación judicial?**

Las barreras invisibles que existen en el sector judicial en Colombia para que los hombres padres puedan acceder en igualdad de condiciones a la custodia y cuidado personal de sus hijos, luchando contra la retórica popular de que “los hijos son de la madre” (Morales & Castillo, 2011) ha generado la creación de varias organizaciones que tienen por objetivo visibilizar el rol de los padres en el proceso de formación de sus hijos, tratándose de parejas separadas; esta necesidad surge como respuesta a las dificultades de comunicación con su ex pareja, quienes cosifican al menor y como objeto del conflicto impiden el cumplimiento del régimen de visitas del padre no custodio lo que termina generando el alejamiento de los padres con sus hijos y quienes cansados de batallar jurídicamente no encuentran apoyo ni administrativa ni judicialmente para garantizar sus derechos como padre. No obstante lo anterior los derechos del menor a tener una familia y no ser separada de ella resultan nulos. Es de resaltar en este punto que la falta de apoyo a la que se alude no se deriva de ausencia de leyes al respecto; sino de la óptica etnocentrista del rol femenino sobre el masculino. (Netzahualpilli & Mendizábal, 2015)

Para resolver el problema de equidad de género en las sentencias de custodia, partiendo de las diferencias de cada uno de los progenitores se ha optado tímidamente por establecer una custodia compartida. La custodia compartida en la actualidad no tiene reglamentación, ni definición legal en Colombia, pues si bien esta no está consignada en nuestro estatuto sustantivo tampoco encuentra en la codificación sustantiva una prohibición expresa. (Espinosa, Pucha, & Ramón, 2020)

La custodia compartida se entiende como la designación judicial y física para que ambos progenitores convivan por espacios determinados de tiempo en cada uno de sus hogares. Ambos padres en igualdad de condiciones deben asumir el cuidado, el amor, las responsabilidades, decisiones y orientaciones frente a la vida del menor y en favor del bienestar integral del mismo. En estos lapsos donde cada uno de los padres es titular de la custodia se goza de autonomía e independencia; asimismo esta custodia permite que el NNA mantenga un contacto continuo con cada uno de sus padres durante los periodos de convivencia del menor con cada uno de ellos (Ibañez, s.f.).

La Fundación Padres por Siempre es una organización colombiana, ubicada en ciudad de Bogotá. Esta fundación nació por la necesidad de que los padres separados aunaran esfuerzos para que los jueces de familia los escucharan en una sola voz, que exige la equidad de género en los fallos de custodia: Se trata entonces de que los jueces de familia no hagan nugatorio su derecho a ser padres, aquí se relacionan tres sentencias respecto de custodia compartida en el país. (Fundación Padres por Siempre, 2021)

Cuadro No. 1 Sentencias Custodia Compartida

| DESPACHO JUDICIAL  | RADICADO   | CIUDAD      | FECHA DEL FALLO | EXTRACTO DE LA MOTIVACION  |
|--------------------|------------|-------------|-----------------|--|
| Tercero de Familia | 2008-00024 | Bogotá      | 16-07-2009      | “ ... advierte en ambos progenitores presencia seria de condiciones y aptitudes, convenientes y necesarias, para atender debidamente al hijo menor de edad , en su formación integral...” (Corte Constitucional , 2018, pág. 21) |
| Tercero de Familia | 2009-00557 | Cali        | 19-05-2010      | Aprueba acuerdo conciliatorio  |
| Primero de Familia | 2008-00702 | Bucaramanga | 01-02-2011      | “Del estudio social se concluye que tanto el ambiente familiar materno como el paterno brindan condiciones similares al menor en el aspecto físico-ambiental de la vivienda ” (Fundación Padres por Siempre, 2021)               |

**Fuente:** Elaboración propia con base en información del sitio web [www.padresporsiempre.com](http://www.padresporsiempre.com)

Las anteriores sentencias en sede judicial permiten mostrar que en igualdad de condiciones procesales entre la madre y el padre de menor , la mejor opción es asignar una custodia compartida sin examinar el riesgo que ello puede implicar en el desarrollo del NNA. Es evidente que custodia compartida somete al menor a disímiles reglas de disciplina,



diferentes espacios y condiciones habitacionales , distintas relaciones familiares respecto de las personas con quien habita en cada temporada , variados hábitos de estudio y transporte entre otros que afectan el arraigo de los pequeños que son el sujeto central de esta decisión. (Ruiz & Alcázar, 2018)

La custodia compartida es ideal en una relación de padres con buena comunicación entre si , quienes en beneficio de su hijo deciden turnarse los tiempos de cuidado. No obstante cuando esta custodia es fijada por un operador judicial, se parte de la base que no hubo acuerdo entre los progenitores razón por la cual se encuentran en sede judicial. Con la decisión de la sentencia de obligatorio acatamiento y sin contar con el compromiso y la madurez de cada uno de los progenitores se genera en la práctica una sensación de inseguridad que en nada garantiza el interés superior del menor como sujeto de especial protección. (Vásquez, 2011)

Si bien es cierto la custodia compartida constituye un paso importante en la búsqueda de la equidad de género respecto de la corresponsabilidad parental; no es la solución a la problemática planteada. En los procesos de custodia se deja de lado el análisis probatorio serio y fundado que ha ofrecido cada uno de los litigantes para demostrar las mejores condiciones en pro de velar por el bienestar de los NNA. Estas decisiones por el contrario de manera superficial buscan zanjar la discusión legal, sometiendo al menor al ir y venir de los padres, que en la mayoría de los casos terminan acrecentando sus conflictos por la decisión de custodia compartida. (Solsona & Ajenjo, 2017)

La igualdad de género debe concebirse como un concepto de equidad entre personas desiguales y no como semejanza en cuanto a la capacidad de incidir en la vida social y familiar de los niños , niñas y adolescentes (Valcárcel, 1993). Los padres varones en un estado social de derecho, donde se cuenta con las mismas oportunidades de accionar ante la jurisdicción de familia; se debe contar también con el mismo tratamiento procesal y probatorio. Se trata entonces de garantizarles sus derechos que por derecho propio les corresponde como padres. La igualdad de recursos debidamente contextualizada en el

proceso judicial de custodia constituye la aplicación efectiva de la justicia distributiva. (Fernández, 2010)

Con base en lo anterior hay que tener en cuenta que los niños, niñas y adolescentes son los destinatarios de las medidas judiciales que tomen los jueces de familia. Los hijos no son muebles que puedan correrse de un lado a otro sin ninguna consecuencia, por el contrario, la custodia compartida en la mayoría de los casos no es lo más beneficioso para los pequeños. (Alemany, 2013)

La desigualdad de oportunidades en la valoración probatoria y las decisiones de un padre varón que reclama la custodia de sus hijos menores ante la jurisdicción de familia no puede ser superada con una sentencia indiferente de custodia compartida. Estos fallos en muchos casos ni siquiera obedecen al querer del litigante ya que no hace parte de sus pretensiones, sino que ha sido producto de unas consideraciones disfrazadas de igualdad de género en las cuales resulta perjudicado el padre y el menor. La custodia compartida impuesta puede ser de imposible cumplimiento para el padre en razón a las condiciones particulares de su domicilio que pueden ser muy distantes de los servicios escolares y de salud del niño, niña o adolescente ya que los padres pueden residir en municipios distantes. La carga económica que implica acondicionar su vivienda para que el hijo conviva con el padre por espacios de tiempo, aunado a lo anterior la dificultad que el padre pueda tener para establecer una nueva relación afectiva partiendo de la base de una inestabilidad e inseguridad de las personas que continuamente comparten los espacios más íntimos del hogar. (Durán, 2013)

## **Conclusiones**

De acuerdo con el texto anterior es posible que en la actualidad el dinamismo social haya generado la conformación de varios estilos de familia diferente a la nuclear que tradicionalmente conocíamos. Puede resultar que debido a las conquistas de las mujeres en el mundo la madre en ocasiones no opte por la maternidad como una forma de realización de ser mujer. Al mismo tiempo que la diversidad de familias monoparentales producto de algunas dificultades emocionales, psicológicas, económicas, familiares entre otras como

causal que pueden imposibilitar la conformación de una familia nuclear lo que puede generar que los roles de cuidado y protección en favor de los niños, niñas y adolescentes ya no puedan estar asociadas a un género biológico en continuidad de conceptos históricos y sociales preconcebidos sin ningún argumento jurídico que los valide.

Así las cosas se ha podido observar de acuerdo a los argumentos mencionados en las sentencias de custodia, que la concepción ligada al género basada en construcciones sociales entorno a la maternidad pueden influir en gran medida en las decisiones de custodia. Esta práctica judicial no garantizaría el principio de igualdad procesal de los padres varones. La masculinidad constituye por si sola un foco tácito de discriminación de género en los procesos de custodia. En primer lugar y muy a pesar de ser hombres responsables de sus obligaciones alimentarias, no tener antecedentes delictivos que puedan afectar la relación parental y ser titulares de una capacidad económica estable para satisfacer las necesidades de sus hijos, no son la primera opción para tener la custodia de los NNA. Estos padres a los que hago referencia generalmente posiblemente maltratados por sentimientos de venganza de sus ex parejas, que resuelven no permitir que visiten o tengan cercanía con sus hijos eventualmente para ejercer un rol dominante sobre el progenitor en detrimento del interés superior del menor y con la finalidad de procurarle un daño al padre en lo más profundo de sus sentimientos.

En el momento de accionar administrativa o judicialmente ante las instancias competentes es probable encontrar poca receptividad de los funcionarios a cargo, quienes dentro de las alternativas al proceso contencioso se ofrece la conciliación; mecanismo establecido legalmente. Mediante un trámite auto compositivo en el cual las partes solucionan el conflicto respecto de la custodia, dentro de un escenario que suele desarrollarse en un ambiente hostil para las partes.

Cuando el escenario del acuerdo consensuado no fue posible, se llega a los estrados judiciales conforme lo preceptúa la ley en los cuales el padre varón debe centrar su actividad probatoria en el hecho de que es un ciudadano honorable e idóneo para tener la titularidad de la guarda, custodia y cuidado personal de su hijo. Para demostrar lo anterior valga decir

no será necesario solamente su dicho sino que tendrá que someterse a los exámenes periciales de toda índole a fin de lograr desvirtuar la presunción humana que recae sobre él , como una persona no apta para brindar bienestar a sus hijos. Además de lo anterior deberá utilizar toda una artillería de pruebas pertinentes, conducentes y útiles en la demostración de que la madre contraparte no es una mujer maternal e idónea para tener bajo su responsabilidad la orientación y guía de sus hijos menores de edad. La demostración probatoria parte de un supuesto humano, del que hace uso el operador de justicia en favor de la madre sobre una construcción social histórica sobre la maternidad por el solo hecho de ser mujer .

Con lo anterior se puede mencionar que el hombre de sexo masculino no tiene mayores posibilidades de obtener una sentencia judicial en un proceso de custodia con una mujer que obedezca a criterios objetivos de valoración probatoria en igualdad de condiciones. Cuando la madre y el padre se enfrenten procesalmente por la custodia de sus hijos se debe partir de una la diferencia natural que existe, no solo biológicamente sino también las disimilitudes de orden social, económica, geográfica y personalmente , de cada uno de los padres. Con estos elementos objetivos de convicción debe resolverse la custodia y cuidado personal en favor y en beneficio de lo menores de edad sin tener en cuenta el género del litigante. Acceder a una custodia compartida sin un juicioso estudio y compromiso de los padres terminan vulnerando el interés superior del menor, siendo estos los destinatarios de la decisión judicial preconcebida por construcciones sociales históricas que ya no tienen cabida actualmente.

Finalmente es posible determinar con los conceptos y sentencias traídas a colación dentro del presente artículo que las decisiones de custodia compartida no es la solución al problema de desigualdad ya que no garantizan el interés superior del menor y por el contrario terminan cosificando al menor. El NNA se convierte en un trofeo que se va valuando conforme los ofrecimientos disfrazados de bienestar en favor de los menores , que cada uno de los pares pueda ofrecer y el ganador de la custodia será aquel que haya aprovechado su tiempo y espacio y haya ganado más indulgencias con el pequeño hijo. Esta competencia generará un adulto lleno de resentimientos e inseguridades, incapaz de respetar los derechos de las personas con una perspectiva de equidad de género y por ello continuarán las mismas

discriminaciones aceptadas social y coloquialmente con la frase popular “madre no hay sino una”.

Este artículo de reflexión , pretende que los lectores desde las diferentes esferas de la sociedad jueces, comisarios de familia , defensores de familia , abogados , madres y padres en general puedan entender que los derechos de uno de los padres de niños , niñas y adolescentes no pueden estar ligados a una perspectiva de género, sino a las circunstancias objetivas que engloban el mejor desarrollo para un menor de edad indistintamente de ser hombre y mujer. La igualdad no puede ser meramente formal, toda vez que positivamente nuestro ordenamiento constitucional y legal, establecen las formas de efectivizar las garantías constitucionales de los padres y madres sin distinción del género , pero que en las decisiones judiciales no se reflejan en la sana crítica del acervo probatorio, conllevando una vulneración a los derechos de igualdad procesal.

## Referencias

- Agudelo, O., León, J., Prieto, M., Alarcón, A., & Jiménez, J. (2018). La pregunta por el método: derecho y metodología de la investigación. Bogotá. Editorial Universidad Católica de Colombia
- Alemany, Á. (2013). La Custodia Compartida Impuesta Perjudica a los y las Menores. Revista Jurídica de Igualdad de Género.
- Asociación de Academias de la Lengua Española . (2021). Real Academia Española . Obtenido de Diccionario de la Lengua Española : <https://dle.rae.es/discriminar>
- Benedek, T. (1959). Parenthood as a developmental phase. A contribution to the libido theory. Journal of the American Psychoanalytic Association.
- Benedek, T. (1979). Paternidad y providencia. buenos Aires.
- Bergström, M. F. (2018). Preschool children living in joint physical custody arrangements show less psychological symptoms than those living mostly or only with one parent. Upsala, Suecia: Acta Paediatrica.
- Bibring, G. (1959). Some considerations of the psychological processes in pregnancy. Psychoanalytic Study of the Child.
- Corte Constitucional . (2018). Obtenido de Relatoria : [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co)

- Corte Suprema. (s.f.). Corte Suprema. Recuperado el Mayo de 2021, de Corte Suprema: <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2018/02/RADICADO-N-25000-22-13-000-2017-00544-01>
- Cruz, J. M., & García-Horta, J. B. (2016). Igualdad, Equidad de Género y Feminismo, una mirada histórica a la conquista de los derechos de las mujeres. Obtenido de Scielo: [www.scielo.org.co](http://www.scielo.org.co)
- Delgadillo, J. N., & Bermúdez, G. M. (2014). Análisis jurídico de la paternidad con perspectiva de género: Una visión desde la masculinidad. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 31-59.
- Durán, M. (2013). Consideraciones de Hecho y de Derecho a la Custodia Compartida Impuesta. *Revista Juridica de Igualdad de Género* .
- Espinosa, M., Pucha, B., & Ramón, M. (2020). La custodia compartida un paliativo al Síndrome de Alienación parental . *Revista Conrado* .
- Fernández, C. (2010). La Equidad de Género: Presente y Horizonte Próximo. *Quaderns de Psicologia*.
- Folberg, J. (1984). *Joint Custody and Shared Parenting*. Washington D.C.: The Bureau of National Affairs and Association of Family Conciliation Courts.
- Fundación Padres por Siempre. (Abril de 2021). [www.padresporsiempre.com](http://www.padresporsiempre.com). Obtenido de <https://www.padresporsiempre.com/>
- Gaceta Constitucional. (1991). Constitución Política 1991. Bogotá. Recuperado el Abril de 2021
- Garrido, A., Álvaro-Estramiana, J. L., & Rosas, A. R. (2018). Estereotipos de género, maternidad y empleo: un análisis psicosociológico. *Pensando psicología* .
- Garrido, M. d., & Marchán, M. (2011). Adopción del Rol Materno en Madres Adolescentes Primerizas Según Grupos de Convivencia . *Revista de Psicología*.
- Hacking, I. (2000). *The Social Construction of What?* Cambridge: Harvard University Press.
- Ibañez, V. (s.f.). El Laberinto de la Custodia Compartida. Obtenido de [studylib.es](http://studylib.es/doc/5210718/el-laberinto-de-la-custodia-compartida.-vicente-j.-iba%C3%B1ez): <https://studylib.es/doc/5210718/el-laberinto-de-la-custodia-compartida.-vicente-j.-iba%C3%B1ez>
- Lamas, M. (2007). Equidad de género en la UNAM. Obtenido de [http://www.pueg.unam.mx/documentos/Foro\\_equidad/Equidad\\_Marta\\_Lamas.pdf](http://www.pueg.unam.mx/documentos/Foro_equidad/Equidad_Marta_Lamas.pdf)
- Monroy-Cabra, M. G. (2012). *Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda.

- Morales, H., & Castillo, J. (2011). La Custodia Parental Compartida: un Análisis desde la Perspectiva de Género y de Derecho. Justicia .
- Naciones Unidas. (1966). Naciones Unidas - Oficina de Alto Comisionado. Obtenido de Naciones Unidas: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>
- Netzahualpilli, I., & Mendizábal, G. (2015). Análisis Jurídico de la Paternidad con Perspectiva de Género: Una Visión Desde la Masculinidad . Revista Latinoamericana de Derecho Social .
- Oliveira, O. (1999). La fuerza de trabajo en México: un siglo de cambios. Mexico : El Colegio de Mexico .
- Orrego, J. A. (2019). Juan Andrés Orrego Acuña. Obtenido de De la filiación y de la relación jurídica entre padres e hijos: <http://www.juanandresorrego.cl/apuntes/derecho-de-familia/>
- Real Academia Española. (2020). Real Academia Española. Obtenido de Real Academia Española: <https://dle.rae.es/discriminar>
- Romero, I. O. (2002). El Principio del Interés Superior del Niño en las Situaciones de Crisis Familiar : Una Perspectiva Comparada en el Ambito de la Union Europea . Psicopatología Clínica, legal y Forense .
- Ruiz, R., & Alcázar, R. (2018). Propiedades sociométricas del cuestionario de arraigo familiar en supuestos de custodia compartida disputada. Zerbitzuan.
- Secretaria del Senado . (2021). Secretaria Senado . Obtenido de Secretaria del Senado : [www.secretariasenado.gov.co](http://www.secretariasenado.gov.co)
- Secretaria del Senado. (2009). Secretaria del Senado . Obtenido de <http://www.secretariasenado.gov.co/>: <http://www.secretariasenado.gov.co/>
- Solsona, M., & Ajenjo, M. (2017). La custodia compartida: ¿un paso más hacia la igualdad de género? Centre d'Estudis Demogràfics.
- Suares, M. (2004). Mediando en sistemas familiares . Buenos Aires : Editorial Paidós .
- Suin-Juriscol . (2021). Obtenido de Sistema Único de Información Normativa: <http://www.suin-juriscol.gov.co/>
- Triana, C. (2017). El derecho de los niños a tener una familia y no ser separado de ella: una revisión jurídica desde la perspectiva nacional y el derecho internacional. Obtenido de Universidad Católica de Colombia: <https://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/14379>
- Valcárcel, A. (1993). Del Miedo a la Igualdad. Barcelona .
- Valverde, K. B., & Cubero, M. F. (2014). La Maternidad Como un Constructo Social Determinante en el rol de la Feminidad . Wimb Lu .

Vásquez, B. (2011). La Custodia compartida : Problemas Penales desde el Punto de Vista de la Pericial Psicológica . Derecho y Criminología .

Woodman, M. (1993). Ser Mujer. En M. Woodman, Ser Mujer . Barcelona : Kairos .